

Vlaamse overheid

**Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur
en hergebruik van overheidsinformatie
afdeling openbaarheid van bestuur**

Boudewijnlaan 30 bus 20

1000 BRUSSEL

T : 02 553 57 25

F : 02 553 57 02

Mail: openbaarheid@vlaanderen.be

Dossiernummer: OVB/2016/213

DE BEROEPSINSTANTIE - Afdeling openbaarheid van bestuur

Gelet op het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur;

Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2007 tot oprichting van de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie;

Gelet op het oorspronkelijke verzoek d.d. 16 augustus 2016 van ■■■, gericht aan de stad Gent, waarbij werd verzocht om een afschrift van de overeenkomsten, concessies of hoe dan ook de samenwerking ad hoc werd bewerkstelligd tussen de Stad Gent, NV S&R en de NV Farys m.b.t. de bouw en exploitatie van het nieuw opgerichte sportcomplex NV S&R aan de Rozebroeken te Gent en van het verslag van de GAS-bemiddelaar die aangaande deze problematiek een poging tot het sluiten van een minnelijke regeling heeft benaarstigd;

Gelet op de beslissing van de stad Gent d.d. 15 september 2016 waarbij het verzoek gedeeltelijk werd ingewilligd, met weglating van documenten die commerciële of industriële informatie van de betrokken partijen bevatten en waarbij tevens het verslag van de GAS-bemiddelaar werd geweigerd;

Gelet op het beroepschrift van ■■■ d.d. 21 oktober 2016 tegen de gedeeltelijke weigering van de stad Gent;

Gelet op de registratie van het beroepschrift op 24 oktober 2016;

Gelet op de beslissing van 21 november 2016 van de beroepsinstantie waarbij met toepassing van artikel 24, §1, tweede lid van het decreet van 26 maart 2004 betreffende openbaarheid van bestuur de beslissingstermijn wordt verlengd tot 45 kalenderdagen;

Wat de ontvankelijkheid betreft:

Overwegende dat de in beroep aangevochten beslissing dateert van 15 september 2016; dat door het gebruik van een foutief e-mailadres de beroeper echter pas kennis kon nemen van de bestreden beslissing op 23 september; dat in de bestreden beslissing het in artikel 22 van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur (verder “openbaarheidsdecreet”) bepaalde recht van beroep en de te eerbiedigen termijn en modaliteiten werden vermeld; dat bij mailbericht d.d. 21 oktober 2016 beroep werd aangetekend en dat dit bijgevolg binnen de decretaal voorgeschreven termijn van dertig dagen is gebeurd; dat het ingediende beroepschrift dan ook tijdig werd ingediend; dat het beroep bijgevolg **ontvankelijk** is;

Wat de gegrondheid betreft:

Overwegende dat in overeenstemming met artikel 7, tweede lid van het Openbaarheidsdecreet het recht op passieve openbaarheid betrekking heeft op bestuursdocumenten; dat op grond van deze bepaling elke instantie in principe verplicht is aan eenieder die erom verzoekt inzage te geven in, uitleg te verschaffen over of een afschrift te bezorgen van de gewenste bestuursdocumenten; dat de openbaarmaking slechts kan geweigerd worden mits toepassing wordt gemaakt van één of meerdere uitzonderingsgronden, zoals gestipuleerd in de artikelen 11 tot en met 15 van voormeld decreet;

Overwegende dat de verzoeker in zijn initieel verzoek enerzijds verzocht om een afschrift van de overeenkomsten, concessies of hoe dan ook de samenwerking ad hoc werd bewerkstelligd tussen de Stad Gent, NV S&R en de NV Farys m.b.t. de bouw en exploitatie van het nieuw opgerichte sportcomplex NV S&R aan de Rozebroeken te Gent en anderzijds om een afschrift van het verslag van de GAS-bemiddelaar die i.v.m. deze problematiek een poging tot het sluiten van een minnelijke regeling heeft benaastigd;

Overwegende dat de stad Gent overging tot een gedeeltelijke inwilliging van het verzoek; dat sommige documenten echter commerciële of industriële informatie van de betrokken partijen zouden bevatten; dat het openbaar maken van deze informatie een inbreuk zou uitmaken op het economisch belang van de betrokkenen; dat daarom een beroep werd gedaan op artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet;

Overwegende dat bij het verslag van de GAS-bemiddelaar werd vastgesteld dat dit document uitsluitend ten behoeve van de vorderingen van een administratieve sanctie werd opgesteld; dat in die zin de uitzonderingsgrond opgenomen in artikel 13, 4° van het openbaarheidsdecreet van toepassing werd geacht;

Overwegende dat ■■■ beroep aantekende tegen deze gedeeltelijke inwilliging van zijn verzoek; dat de beroepsinstantie op 25 oktober 2016 stad Gent contacteerde voor toelichting bij de bestreden beslissing; dat de stad Gent op 10 november 2016 aan de beroepsinstantie meedeelde dat zij, voor wat betreft het eerste onderdeel van het verzoek, inderdaad van enkele documenten de openbaarmaking weigerde, met name:

- de onderhandse overeenkomst tussen TMVW en S&R Gent NV tot vestiging van een opstalrecht (definitief ontwerp van 4/11/2010);

- bevestiging overdracht van opstalrecht tussen TMVW en S&R Gent NV (ontwerp 2011);
- PPS-overeenkomst tussen enerzijds TMVW en anderzijds Artabel BVBA, Vanhout NV, Ach NV, Gegelec NV, Lotec BV en Innopa NV (ondertekende versie van 23/12/2009; zonder bijlagen);

Overwegende dat de stad Gent stelt dat deze documenten vertrouwelijke informatie betreffende de betrokken partijen bevatten waarbij geoordeeld werd dat de openbaarmaking niet opweegt tegen de bescherming van het economisch belang;

Overwegende dat de stad Gent toelicht dat er op 23/12/2009 tussen TMVW (de naam 'TMVW' werd intussen vervangen door 'Farys') en S&R Gent NV een PPS-overeenkomst werd afgesloten voor de realisatie en exploitatie van het sportcomplex Rozebroeken; dat de Stad Gent geen partij was bij deze overeenkomst; dat de stad Gent via een bijakte wel is tussengekomen om te bevestigen dat zij steeds de intentie gehad heeft om te verzaken aan het recht van natrekking en zodoende een opstalrecht te vestigen ten voordele van TMVW vóór de start van de werken zodat TMVW dit opstalrecht kon overdragen aan S&R Gent NV;

Overwegende dat de Stad Gent in eerste instantie Farys heeft gecontacteerd met de vraag of zij deze documenten zelf (al dan niet integraal) zouden bezorgen; dat de stad Gent aan TWMW/Farys vroeg of zij de betreffende documenten (al dan niet integraal) mochten vrijgeven; dat op 7/11/2016 TMVW/Farys aan de stad meedeelde dat hierover nog intern overleg vereist was;

Overwegende dat artikel 14, 3° van het Openbaarheidsdecreet bepaalt dat een aanvraag om openbaarmaking dient afgewezen te worden indien het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie, wanneer deze informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren;

Overwegende dat de uitzonderingsgrond bepaald in artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet de vertrouwelijke, aan een instantie meegedeelde commerciële en industriële gegevens wil beschermen; dat moet worden onderzocht of de openbaarmaking van het gevraagde bestuursdocument schade toebrengt aan het beschermde belang; dat deze bepaling, zoals elke relatieve uitzonderingsgrond, bovendien verplicht tot een belangenafweging; dat het belang van de openbaarheid moet worden afgewogen tegen het belang dat door de uitzonderingsgrond wordt beschermd;

Overwegende dat het aldus toekomt aan de beroepsinstantie om na te gaan of de geweigerde documenten al dan niet voor openbaarmaking in aanmerking kunnen komen;

- de onderhandse overeenkomst tussen TMVW en S&R Gent NV tot vestiging van een opstalrecht
(definitief ontwerp van 4/11/2010)

Overwegende dat de beroepsinstantie vaststelt dat de overeenkomst tot vestiging van een opstalrecht reeds dateert van 2010; dat deze overeenkomst bestaat uit een omschrijving van het voorwerp, de algemene voorwaarden, de bijzondere voorwaarden en de nodige administratieve vermeldingen en informatie betreffende de onroerende goederen in kwestie; dat de bijzondere voorwaarden de duur van de overeenkomst en afspraken over vergoedingen bevatten; dat de informatie vervat in deze bijzondere

////////////////////////////////////

voorwaarden als vertrouwelijke commerciële informatie kan worden beschouwd in hoofde van de contracterende partijen; dat binnen de markt van infrastructuurwerken deze voorwaarden commercieel gevoelige informatie kunnen bevatten voor concurrerende ontwikkelaars; dat het belang van de openbaarheid hiertegen niet opweegt; dat deze informatie met toepassing van artikel 9 van het openbaarheidsdecreet echter kan afgescheiden worden van de overige bepalingen van de opstalovereenkomst; dat het beroep voor dit onderdeel bijgevolg als **deels gegrond** kan worden beschouwd;

- bevestiging overdracht van opstalrecht tussen TMVW en S&R Gent NV (ontwerp 2011)

Overwegende dat dit document dient als bijlage bij de bovenvermelde opstalovereenkomst; dat hierin wordt bevestigd dat TMVW opstalrechten kon overdragen aan S&R Gent; dat de akte daarnaast een reeks administratieve vermeldingen bevat; dat de beroepsinstantie van oordeel is dat er zich geen uitzonderingsgronden uit het openbaarheidsdecreet verzetten tegen de openbaarmaking van dit document; dat het beroep voor dit onderdeel bijgevolg als **gegrond** kan worden beschouwd;

- PPS-overeenkomst tussen enerzijds TMVW en anderzijds Artabel BVBA, Vanhout NV, Ach NV, Gegelec NV, Lotec BV en Innopa NV (ondertekende versie van 23/12/2009; zonder bijlagen)

Overwegende dat deze overeenkomst op bepaalde plaatsen informatie bevat die als commercieel gevoelig kan beschouwd worden; dat er in dat geval een belangenafweging moet plaatsvinden tussen het belang van de openbaarmaking aan de ene kant, en het ondernemingsbelang aan de andere kant;

Overwegende dat de hierna opgesomde delen onleesbaar dienen gemaakt te worden op basis van artikel 14, 3° (bescherming van het belang van commerciële informatie), in samenhang met artikel 9 van het openbaarheidsdecreet (gedeeltelijke openbaarmaking); dat de aangehaalde uitzonderingsgrond van artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet immers in aanmerking kan genomen worden, omdat de bescherming van het ondernemersbelang, wat die te schrappen delen betreft, zwaarder doorweegt dan het belang van de openbaarheid, aangezien de bedoelde delen te maken hebben met het ondernemingsbelang dat gelegitimeerd wordt omwille van economische redenen; dat in de hierna opgesomde delen van de PPS-overeenkomst elementen voorkomen die, bij openbaarmaking ervan, een potentieel concurrentieel voordeel kunnen opleveren voor de concurrenten van de betrokken ondernemingen (waarop de gegevens betrekking hebben) en dus de commerciële belangen van deze ondernemingen schade zou kunnen berokkenen; dat het concreet gaat over de hiernavolgende bepalingen:

- Artikel 3. oprichting van S&R Gent met verdeling van de aansprakelijkheden
- Artikel 6. verzekering en aansprakelijkheid
- Artikel 8. borgtocht
- Artikel 21. nieuwe investeringen en bijkomende impulsen
- Hoofdstuk IV. Financiële bepalingen
- Artikel 26. Ontbinding

Overwegende dat Farys vooralsnog geen toelating gaf om deze overeenkomst alsnog integraal openbaar te maken, zoals blijkt uit de gegevens bezorgd door de stad Gent;

Overwegende dat het beroep voor dit onderdeel bijgevolg als **deels gegrond** dient te worden beschouwd, met name voor wat betreft de andere onderdelen van de PPS-overeenkomst dan deze hierboven vermeld;

- Betreffende het verslag van de GAS-bemiddelaar

Overwegende dat de beroeper tenslotte vroeg om een afschrift van het verslag van de GAS-bemiddelaar die i.v.m. deze problematiek een poging tot het sluiten van een minnelijke regeling heeft benaardstigd; dat dit verzoek werd geweigerd op grond van artikel 13, 4° van het openbaarheidsdecreet;

Overwegende dat de stad Gent toelicht aan de beroepsinstantie dat dit verslag werd opgemaakt in het kader van de vordering van een gemeentelijke administratieve sanctie naar aanleiding van de door de beroeper beweerde overlast, veroorzaakt door het sportcomplex Rozebroeken, die de cliënt van de beroeper inriep;

Overwegende dat de stad Gent hierbij wijst op de wet van 24 juni 2013 betreffende de gemeentelijke administratieve sancties; dat artikel 28 van deze wet stelt: “De sanctionerend ambtenaar zendt een kopie van het proces-verbaal of van de vaststelling door de personen bedoeld in artikel 21, evenals een kopie van zijn beslissing over aan elke partij die hierbij een rechtmatig belang heeft en die hem voorafgaand een schriftelijk en met redenen omkleed verzoek heeft overgezonden.”; dat bij de opsomming van de documenten waarvan een kopie toegezonden kan worden aan de partijen met een rechtmatig belang, in artikel 28 geen melding wordt gemaakt van het verslag van de GAS-bemiddelaar; dat ook de Memorie van Toelichting dit niet vermeldt; dat een bemiddelingsverslag volgens de stad Gent daarom vertrouwelijk is;

Overwegende dat de beroepsinstantie, na onderzoek van het verslag van de GAS-bemiddelaar, van oordeel is dat de stad Gent foutief verwijst naar de uitzonderingsgrond van artikel 13, 4° van het openbaarheidsdecreet; dat daarin bepaald wordt dat, als het om bestuursdocumenten gaat die uitsluitend ten behoeve van de strafvordering of de vordering van een administratieve sanctie werden opgesteld, de instantie de aanvraag tot openbaarmaking afwijst;

Overwegende dat deze bepaling belet dat bestuursdocumenten die uitsluitend werden opgesteld ten behoeve van de strafvordering, worden vrijgegeven om het goede verloop van het strafonderzoek, de rechten van verdediging en het vermoeden van onschuld te vrijwaren; dat deze uitzonderingsgrond aldus van toepassing is indien het vrijgeven van de gevraagde bestuursdocumenten schade toebrengt aan het opsporen en vervolgen van strafbare feiten of de rechten van verdediging in het gedrang brengt; dat evenwel onder deze uitzonderingsgrond niet de bestuursdocumenten vallen die niet uitsluitend werden opgesteld ten behoeve van de strafvordering, maar eventueel wel in een opsporingsonderzoek gebruikt worden; dat dergelijke bestuursdocumenten, die nuttig of bruikbaar voor het strafonderzoek zijn, maar niet uitsluitend met het oogmerk van de strafvordering zijn opgesteld, bijgevolg niet onder het toepassingsgebied van de uitzonderingsgrond van artikel 13, 4° van het openbaarheidsdecreet vallen; dat het verslag van de GAS-bemiddelaar niet beschouwd kan worden als een document dat uitsluitend ten behoeve van de strafvordering of de vordering van een administratieve sanctie werd opgesteld; dat een GAS-bemiddelaar in het kader van een klacht kan worden aangesteld om na te gaan of er bemiddeling mogelijk is; dat het verslag van de bemiddelaar wel onder de uitzonderingsgrond bepaald in artikel 6, § 1, 5° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur kan vallen; dat op

////////////////////////////////////

grond van deze bepaling een aanvraag tot openbaarmaking moet worden afgewezen als het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van de opsporing of vervolging van strafbare feiten; dat het verslag van de GAS-bemiddelaar beschouwd kan worden als een document dat kadert binnen de opsporing of vervolging van strafbare feiten; dat dit verslag voor de sanctionerend ambtenaar immers dient om een beslissing te nemen over het al dan niet opleggen van een GAS-boete; dat uit het verslag, opgesteld door de bemiddelaar, kan blijken of er in hoofde van de veroorzaker van de beweerdte overlast bereidheid bestaat om de veroorzaakte hinder te herstellen teneinde het gerezen conflict te doen bedaren; dat aan de betrokken partijen aldus de gelegenheid wordt geboden om in te stappen in een bemiddelingsprocedure; dat het bemiddelingsverslag zodoende kan meespelen in de beslissing om al dan niet over te gaan tot het opleggen van een GAS-boete; dat *in casu* de bemiddeling niet succesvol bleek te zijn; dat er intussen naar aanleiding van het gerezen conflict tussen de beroeper en NV S&R Gent een GAS-boete werd opgelegd aan laatstgenoemde; dat de beroepsinstantie geen reden ziet om alsnog de openbaarmaking te weigeren van het verslag van de GAS-bemiddelaar, waarnaar tevens verwezen wordt in de boetebeslissing in kwestie; dat het K.B. van 28 januari 2014 houdende de minimumvoorwaarden en modaliteiten voor de bemiddeling in het kader van de wet betreffende de Gemeentelijke Administratieve Sanctie (GAS) weliswaar in artikel 9 stelt dat de uitvoering van de bemiddeling geïnspireerd is op o.a. het principe van vertrouwelijkheid, namelijk dat de bemiddelaar op gepaste wijze en in overleg met de partijen gebruik moet maken van de informatie die tijdens een bemiddeling tevoorschijn komt; dat op basis van rechtspraak uit de inhoud van een bemiddelingsgesprek geen bewijswaarde mag worden geput omdat een bemiddelingsgesprek in essentie vertrouwelijk is (zie o.m. Jeugdrb. Antwerpen 19 september 2012, *R.W.* 2012-13, 1714); dat dit principe van de vertrouwelijkheid van het verloop van de bemiddeling de openbaarmaking volgens de beroepsinstantie *in casu* echter niet in de weg staat; dat, gelet op de inhoud van het bemiddelingsverslag en de reeds opgelegde sanctie naar aanleiding van de veroorzaakte overlast, de beroepsinstantie na afweging geen uitzonderingsgronden van toepassing acht op grond waarvan de openbaarmaking in voorliggend geval alsnog kan geweigerd worden; dat daarom het beroep voor dit onderdeel als **gegrond** moet worden beschouwd;

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepsschrift van ■■■ d.d. 21 oktober 2016 tegen de gedeeltelijke weigering van de stad Gent om een afschrift te bezorgen van de overeenkomsten, concessies of hoe dan ook de samenwerking ad hoc werd bewerkstelligd tussen de Stad Gent, NV S&R en de NV Farys m.b.t. de bouw en exploitatie van het nieuw opgerichte sportcomplex NV S&R aan de Rozebroeken te Gent en van het verslag van de GAS-bemiddelaar wordt als ontvankelijk en deels gegrond, deels ongegrond beschouwd.

Bijgevolg dienen de volgende bestuursdocumenten (gedeeltelijk) openbaar te worden gemaakt door er een afschrift van te verstrekken:

